Sommaire

Introduction

D'après le philosophe danois existentialiste Soren Kierkegaard, « *le mariage est et restera le voyage de découverte le plus important que l'homme puisse entreprendre* ». Cette citation résume bien les interrogations suscitées par le mariage qui demeure souvent avant sa « consommation » une institution mystérieuse pour les futurs époux. Après plus de deux millénaires, cette union de deux êtres demeure un acte important dans notre société qui modifie les rapports juridiques existants et, est souvent considérée comme un accomplissement social. Mais il est certain que la vie maritale fait l'objet d'interprétations très différentes selon les cultures et selon l'époque regardée.

Étymologiquement parlant, le mariage tel qu'il est apprécié aujourd'hui provient du solennel « matrimonium » latin. Comme pour beaucoup de phénomènes, il a été immortalisé par la mythologie gréco-romaine. Ainsi, Hymen (ou Hyménée) le dieu du mariage serait issu au choix de l'union de Dionysos avec Aphrodite ou avec Uranie ou encore Calliope puisque les dieux n'étaient pas un exemple de fidélité. Une autre version lui attribue pour parents Terpsichore et Apollon. Quoi qu'il en soit, il n'est donc pas dépourvu d'origines glorieuses. Initialement, son nom est confondu avec le champ nuptial invoqué par les Athéniens à chaque occasion festive, liée ou non à la cérémonie du mariage. Hymen est décrit comme un jeune homme blond, couronné de roses ou de marjolaine, et vêtu d'un voile blanc ou jaune, cette dernière couleur étant celle du mariage chez les Romains tandis que la première habille plutôt de nos jours la mariée. La légende veut qu'il ait sauvé des jeunes athéniennes qui avaient été enlevées par des pirates et qu'il ait obtenu de pouvoir épouser celle qu'il aimait et qui était d'une condition supérieure à la sienne. Le mariage initialement impossible et pourtant autorisé aurait été tellement heureux que les Grecs l'auraient désigné à partir de là comme Hyménée. Un autre récit veut qu'il soit mort le soir de ses noces puis qu'il ait ressuscité par la volonté d'Asclépios lui-même. Une ultime variante en fait l'éromène d'Apollon, d'Hésperos, de Thamyris ou encore de Dionysos selon les auteurs.

Trêve d'allusions mythiques, si l'on remonte dans le temps pour s'intéresser à la conception antique du mariage notamment à l'époque romaine, l'appréhension devait peser surtout sur les épaules des épouses en devenir dont la soumission était naturellement acquise à des maris souvent exigeants et parfois cruels. En outre, la vision masculine et plutôt sarcastique du mariage (funis circa colleum eius ou corde au cou pour les plus sceptiques) différait déjà de celle idéalisée des femmes même si ces dernières déchantaient assez rapidement. L'homme devenait le pater familias et obtenait par la même la patria potestas, autorité absolue et quelque peu disproportionnée sur les membres de sa

famille dits « *in patria potestate* », qui devait perdurer jusqu'à des temps très récents.

La littérature romaine s'est également saisie des thèmes de l'amour et du mariage comme le démontre cet extrait des préceptes de mariage de Plutarque :

« *A POLLIANUS ET A EURYDICE*

Maintenant que la prêtresse de Cérès, après vous avoir renfermés l'un et l'autre dans la chambre nuptiale, a fait sur vous la cérémonie prescrite par la loi du pays, je crois entrer dans l'esprit de cette loi, et contribuer à votre bonheur, en vous adressant des conseils utiles et propres à cimenter votre union. Entre les modes de musique, il en est un qu'on appelle hippothore, sans doute parce qu'il inspire de l'ardeur aux chevaux. De même la morale, dans cette multitude de préceptes qu'elle donne aux hommes, en a de particuliers pour le mariage, et ce ne sont pas les moins importants. Le charme de ses discours agit puissamment sur le cœur des deux époux destinés à passer ensemble tous les jours de leur vie, et rend leur humeur plus douce et plus traitable »

Si la conception originaire du mariage en fait une union harmonieuse entre deux êtres qui s'aiment et se chérissent, les romains envisagent quant à eux cela comme une nécessité physiologique, loin des idéaux qui peuvent être retenus. En effet, le mariage à Rome est avant tout un contrat par lequel les époux s'engagent à procréer, « perpétuer la race ». Autrement dit, le mariage a uniquement pour but de faire des enfants et non de vivre ensemble dans la joie et l'allégresse, en tout cas pas ostensiblement.

En témoigne notamment ce discours parfaitement misogyne et cynique de Quintus Caecilius Metellus Macedonius, général, consul et censeur en 131 avant J-C :

« *Si on pouvait vivre sans femme, citoyens de Rome, chacun vivrait sans une pareille gêne. Mais comme la nature a prévu qu'on ne peut pas vivre bien avec elles ni non plus sans elles, il est préférable de juger en fonction d'une durable préservation de notre espèce plutôt que pour un plaisir passager* »**.**

Des mesures pratiques ont par la suite accompagné cette idée tirée d'une politique nataliste. Par ailleurs, déjà à l'époque romaine se déchiraient les partisans d'un mariage civil d'un côté et d'un mariage religieux de l'autre. Les différentes factions traditionalistes et modernistes vont rythmer les évolutions sociales progressives. Outre les spécificités conceptuelles du mariage, celui-ci donnait lieu à une cérémonie superstitieuse qui, à l'instar des croyances romaines était largement influencée par les phénomènes et apparitions surnaturelles. Cela préfigurait sans doute le cérémonial actuel auquel nous restons attachés.

Ensuite, d'un point de vue rigoureusement juridique, au mariage étaient apparentées diverses particularités influençant des conditions et des effets non négligeables qui inspireront et inspirent encore les droits postérieurs (interdiction de se marier jusqu'à un certain degré de parenté, conséquences de l'adultère...). Comme aujourd'hui, le mariage entrainait une modification de la situation juridique. Ces modalités et conséquences ne doivent pas être occultées dans la mesure où elles pouvaient aussi bien changer ou non le statut d'un romain selon sa condition (citoyen, affranchi, esclave) que lui octroyer des droits. Bien que le droit romain ait nécessité des transformations de par certaines des carences dont il souffrait, il est indéniable que celui-ci faisait office de système juridique d'une modernité et d'un pragmatisme admirables.

Le mariage a connu des transformations parallèlement à la société romaine allant vers plus de liberté pour les femmes ou vers une restriction de la puissance masculine voire des abus qu'elle pouvait engendrer. Il est en effet difficile de dissocier le mariage de la situation de ses acteurs notamment la femme car l'homme disposait en principe librement de son sort. Les femmes devaient plus souhaiter qu'espérer une amélioration de leur situation pour reprendre une expression de Thomas More. Au fur et à mesure que les siècles passaient la condition féminine est allée vers plus d'humanité notamment en ce qui concerne la possibilité de divorcer ou l'accord de la gent féminine pour certains actes. On peut presque affirmer qu'à la fin de l'Empire romain, la situation de l'épouse s'est libéralisée. La condition de la femme du Bas Empire ne différait pas tellement de celle de la femme contemporaine de Napoléon en termes de pouvoir voire parfois en termes de conditions de vie.

Mais les différents aspects ci-dessus évoqués seront développés plus en détail dans la suite de ce rapport. Il faudra par conséquent envisager le mariage comme phénomène historique, juridique mais aussi sociologique pour comprendre l'atmosphère qui l'imprégnait dans un monde aux mœurs sensiblement différentes des nôtres.

Comment fonctionnait le mariage dans la Rome Antique ? Quelles ont été ses évolutions ? Quelles conséquences emportait-il pour ses acteurs ? Était-il susceptible de dissolution ou d'annulation ? Y avait-il des restrictions ?

Autant de questions auxquelles nous nous efforcerons de répondre durant ce rapport pour éclaircir un sujet qui intéresse directement nos fondements sociaux. Ainsi, nous faudra-t'il traiter dans un premier temps du mariage romain en tant que tel en s'intéressant à ses caractéristiques et à son évolution (partie 1) ; pour évoquer par la suite les conséquences et les effets inhérents à celui-ci dans la société romaine (partie 2).

Partie 1: Caractéristiques et bouleversements du matrimonium

Institution éloignée du mariage actuel, l'union romaine doit faire l'objet d'une attention particulière pour qui souhaite s'intéresser aux mœurs de la Rome antique. Ainsi, convient-il de parler dans un premier temps des singularités du mariage romain (chapitre 1) avant de souligner ensuite ses transformations historiques marquantes (chapitre 2).

Chapitre 1 : Le mariage dans la Rome antique : ses avatars et ses particularités

L'institution maritale romaine a fait l'objet de nombreuses études postérieures et se révèle quelque peu différente du mariage moderne. Dans cette optique, il nous faut exposer dans un premier temps la perception romaine du phénomène (section 1) pour développer a posteriori le déroulement et la fin du mariage (section 2).

Section 1 : De la conception romaine de l'hymen

L'idée que se faisaient les romains du mariage implique que ces derniers adoptaient une vision relativement cynique et rigide de celui-ci (paragraphe 1) et imposaient des conditions précises et strictes (paragraphe 2).

§1: Un fondement conceptuel cynique et strict

Comme il a été précisé précédemment, le mariage romain était avant tout envisagé dans un but physiologique unique, la procréation et la continuité de l'État romain par une natalité assurant sa pérennité. Initialement l'unique raison de ce rapprochement formalisé d'un homme et d'une femme était en effet de faire des enfants. C'est un devoir civique et religieux.
Il était bon de ne pas accorder trop d'amour à sa femme. Cela est révélateur des rapports de force qui existaient durant cette période. Il ne faut pas oublier que le matrimonium latin dérive de « *mater* », la mère, et qu'il est considéré comme un contrat dont la cause est la naissance programmée d'un enfant. Mais ces considérations ne signifient pas que les couples ne s'aimaient pas. Ils ne devaient simplement pas le montrer en public et toute manifestation publique d'une tendresse un peu trop ostensible était passible d'amende.
Le mariage romain n'était rendu possible que par le « *conubium* » ou « *jus conubii* ». Cette expression désigne le droit de se marier mais pour des personnes déterminées lorsque les conditions requises sont remplies, ce que nous verrons dans le prochain paragraphe. Cela exclut un droit général au mariage tel que nous pouvons le concevoir à l'heure actuelle. Cette possibilité légale n'était réservée qu'aux seuls patriciens. Il faudra attendre 445 avant J-C et la *« lex Canuleia de*

conubio patrum et plebis » pour que les plébéiens obtiennent le même droit. Même si cela paraît évident et peu d'auteurs latins l'ont souligné à ce titre, le principe conjugal était celui de la monogamie par opposition à des civilisations plus anciennes.

Il y avait également à cette époque des opposants anticonformistes hostiles au mariage mais qui à l'instar d'aujourd'hui invoquaient leurs arguments contre la société et toutes les formes d'expression de celle-ci. Par ailleurs, il y avait aussi dans la société romaine une scission entre les partisans d'un mariage républicain (civil) et ceux favorables au mariage religieux que les conditions rendaient plus solennel et plus difficile à rompre sans doute. Mais les différents types de mariage seront développés dans le suite de ce devoir. Malgré les dissensions, la célébration de l'union demeure un acte important pour une civilisation qui considérait que la religion relevait de l'appréciation personnelle de chacun. C'était un rite de passage que d'embrasser la vie conjugale.

Il faut dire un mot également de la liberté sexuelle des romains qui, s'ils ne toléraient pas le mariage entre personnes de même sexe pour les raisons évoquées plus haut, faisaient preuve d'une grande indulgence pour des pratiques assez répandues. En effet, les romains admettaient assez facilement l'homosexualité et la pédophilie, cette dernière s'intégrant parfois dans l'apprentissage des jeunes garçons même si cela peut choquer aujourd'hui. Il faut tenir compte des données morales et anthropologiques de l'époque pour comprendre ce genre de comportement qui n'était pas rare.

Dans un registre similaire, le mariage entre parents était prohibé de façon absolue dans un premier temps avant que l'interdiction ne soit aménagée à la fin de la République. Sous l'effet d'une évolution coutumière, le mariage a été admis entre cousins germains. Il n'y avait aucun conubium entre parent et enfant, que la parenté soit naturelle ou par adoption et un homme ne pouvait donc pas épouser une fille adoptée ou une petite fille même après émancipation. En outre, le mariage était prohibé entre frère et sœur de sang ou de demi-sang, mais il était possible pour un homme d'épouser une sœur adoptive après émancipation, ou après sa propre émancipation

Des exemples célèbres de mariage entre parents ont marqué l'histoire romaine. Ainsi, l'empereur Claude avait pu épouser sa nièce Agrippine après un sénatus-consulte, mais l'affaire avait suscité une certaine agitation dans l'opinion publique : « *Mais les caresses d'Agrippine, fille de son frère Germanicus, lui inspirèrent un amour qui devait naître aisément du droit de l'embrasser et de plaisanter familièrement avec elle. À la première assemblée du sénat, il aposta des gens qui votèrent pour qu'on le forçât à l'épouser, sous prétexte que cette union était de la plus haute importance pour l'État. Ils voulurent aussi qu'on accordât aux citoyens la faculté de conclure de*

pareilles alliances, jusqu'alors réputées incestueuses ».[1]
Les considérations morales dans le Latium ont donc évolué au gré du pouvoir en place qui contribuait par son exemple aux transformations des vertus romaines.

Le but de l'institution maritale romaine n'était pas anodin. Le mariage, et ce n'est pas une spécificité de l'Antiquité, servait d'alliance entre les grandes familles voire entre les cités qui souhaitaient étendre leur influence. Cette conception sera d'ailleurs reprise très souvent dans l'histoire à travers l'appellation de mariage d'intérêt. Enfin, la société romaine a connu des ascensions sociales grâce aux mariages arrangés pour des raisons économiques et liées au rang de l'époux. Ainsi, l'épouse plébéienne d'un patricien obtenait le rang patricien. A contrario, si une patricienne épouse un plébéien, celle-ci conserve les attributs tirés de sa naissance et peut réintégrer la maison de son père en cas de décès de son époux.

§2 : Les conditions de la vie conjugale :

Le mariage à Rome impliquait diverses conditions influencées par la conception développée ci-dessus. Le conubium supposait que les personnes désireuses de se marier présentent un certain nombre de caractéristiques. Il s'agit de l' « *uxoris jure ducendae facultas* » comme le définit Ulpien, ou la faculté de faire d'une femme son épouse. Alors le mariage devenait le *« legitimum matrimonium »*, c'est à dire conforme au droit civil romain.

D'abord, l'âge requis pour pouvoir contracter un mariage diffère légèrement selon le sexe. Les filles pouvaient se marier à partir de 12 ans contre 14 ans pour les garçons. En pratique, s'il n'était pas rare que les filles commencent à accomplir leurs devoirs conjugaux à partir de cette limite, les hommes se mariaient beaucoup plus tard. La moyenne d'âge de l'hymen pour l'homme était de 30 ans, ce qui laisse supposer un écart important d'âge entre les époux dans de nombreux cas. Sur la base des informations laissées par les stèles funéraires, l'âge moyen du mariage semble avoir été différent selon les régions du monde, Rome donnant l'exemple des mariages les plus précoces tandis que l'Afrique conquise accusait des cérémonies plus tardives.

Mis à part le principe d'interdiction du mariage entre parents proches vu plus haut, d'autres prohibitions entouraient le mariage romain. Effectivement, l'accès à la vie matrimoniale était réservé aux seuls citoyens romains pendant longtemps et dénié aux pérégrins, c'est à dire les hommes libres des provinces progressivement conquises par Rome qui ne disposaient ni de la citoyenneté ni d'un statut juridique égal aux romains, sauf concession du conubium.
Cette situation sera modifiée tardivement avec l'édit de Caracalla en 212 de notre ère qui généralisa

1 **Suétone**, *« Vie des douze Césars »,Claude XXVI*, Folio classique, 2010 p 300-301

la citoyenneté à l'ensemble des hommes libres de l'Empire.

Ensuite, les unions déséquilibrées étaient également interdites. La législation d'Auguste se voulait de la sorte particulièrement stricte sur la question en cherchant à restaurer une certaine dignité dans la société romaine. Les ingénus, autrement dit les hommes nés libres n'ayant jamais fait l'objet d'une servitude quelconque, ne pouvaient pas se marier avec les femmes de mauvaise vie ou avec les comédiennes qui y étaient assimilées. Ces derniers n'étaient pas non plus en mesure d'épouser une femme surprise ou condamnée pour adultère qui avait porté atteinte à sa propre « fama ».
De plus, étaient prohibées les unions entre les sénateurs ou leurs descendants et les affranchies. Il en allait de même avec les filles, petites-filles voire arrière-petites filles de sénateur qui ne pouvaient épouser un affranchi. Cependant, ces restrictions ne furent pas toujours mises en pratique et sanctionnées. La prohibition des unions entre affranchis et ingénus est tombée en désuétude à la fin de la République romaine et sous Auguste, les affranchis obtiennent un véritable jus conubii.

Enfin, les interdictions ne s'arrêtaient pas là puisque les militaires romains ne pouvaient pas en principe jouir du conubium. Cette condition spécifique tenait compte de la vie militaire ainsi que des absences souvent importantes des hommes sous les aigles qui étaient incompatibles avec une vie conjugale normale. Toutefois les légionnaires ont souvent eu des relations avec des femmes qui les suivaient qui se concrétisaient par des unions de fait voire parfois par des mariages. Pour les auxiliaires de l'armée recrutés parmi les pérégrins la situation était différente car le mariage était régi par le droit de leur cité. Les relations ici envisagées ont souvent engendré une progéniture non négligeable. Bien que les compagnes et les enfants soient illégitimes, ils pouvaient être reconnus une fois l'engagement du soldat terminé. Dans ces conditions, difficile de trouver une femme.

Un autre pilier important et logique dans les conditions matrimoniales est le consentement, qui demeure aujourd'hui un aspect indispensable de la vie juridique et contractuelle. Il diffère selon que l'intéressé soit *« sui juris »* c'est à dire maître de son droit et indépendant de l'autorité (potestas) d'autrui ; ou *« alieni juris »*, c'est à dire soumis à la potestas d'autrui (concrètement membre d'une *familia* sous la dépendance du paterfamilias). Cela est directement lié aux qualités recherchées chez l'autre partie à savoir la fertilité, la moralité, la richesse et la bonne naissance auxquelles on peut ajouter la pudeur et la chasteté pour les filles romaines. Les familles consentaient à accorder leur enfant après examen de ces qualités.

Concernant les alieni juris, outre le consentement des époux, pourra intervenir le titulaire de la patria potestas qui n'est pas nécessairement le père mais qui peut être l'aïeul. Celui-ci devra donner son consentement mais également tous ceux qui seront amenés à hériter de ce pouvoir (fils, voire petit-fils) car on ne peut imposer un héritier à un individu contre sa volonté selon les romains. Par

conséquent pour le mariage d'une petite-fille, seul le grand-père encore vivant ou à défaut le père devront donner leur accord. Pour un petit-fils le grand-père et le père devront conjointement acquiescer. Les deux consentements deviendront cependant avec le temps d'importance inégale car si l'accord du conjoint est primordial, celui de son ascendant peut être suppléé. La loi *« Iulia de maritandis ordinibus »* en 18 avant J-C permettra même de saisir un magistrat qui pourra passer outre un refus injustifié pour valider une union matrimoniale.

Quant aux hommes sui juris, la situation est plus simple et ils peuvent se marier sans contrainte dès lors qu'ils satisfont aux conditions. On demandait simplement pour les femmes sui juris le consentement de leur père ou à défaut de leur mère jusqu'à leur vingt-cinquième année. Il faut préciser en dernier lieu que le consentement quelle que soit son importance n'était pas soumis à des formes particulières et que la théorie des vices du consentement ne s'appliquait pas en matière de mariage.

Section 2 : Formes, solennité et fin du mariage

Pour développer explicitement le mariage, il est nécessaire d'évoquer sa réalisation (paragraphe 1) mais aussi sa disparition (paragraphe 2).

§1 : La réalisation du mariage

Un des intérêts que soulève le mariage romain est son déroulement. Si la cérémonie est un passage obligé dans les usages sociaux depuis les temps anciens, elle est très souvent précédée des fiançailles :*« Servius Sulpicius, dans son traité sur Les Dots, nous instruit des coutumes et des formes légales qui réglaient les fiançailles dans la partie de l'Italie qu'on appelle le Latium : Celui qui voulait se marier faisait souscrire à son futur beau-père l'engagement de marier sa fille. De son côté il s'engageait lui [à l'épouser]. On appelait sponsalia, fiançailles, ces engagements et promesses réciproques ; la femme promise s'appelait sponsa, fiancée ; celui qui promettait de l'épouser sponsus, fiancé. Si après ce contrat la main de la jeune fille n'était pas accordée, ou si le fiancé ne l'épousait pas la partie bénéficiaire de l'engagement pouvait se pourvoir en justice, en vertu du contrat. Les juges connaissaient de l'affaire ; le tribunal enquêtait. Si les raisons alléguées n'étaient pas considérées comme valables, on résolvait le différend en fixant une indemnité ; elle était proportionnelle à l'importance du dommage causé par le refus de donner ou d'épouser la fiancée. »* [2]

Les fiançailles sont passées après un contrat verbal et souvent accompagnées de la remise d'un anneau de fiançailles, l'*« annulus pronubus ».* Selon Florentinus, *« sponsalia sunt mentio et*

2 **Aulu-Gelle**, *« Nuits attiques »* livre IV, chapitre IV

repromissio nuptiarum futurarum » [3], les fiançailles constituent la promesse d'un futur mariage. Concrètement, elles sont réalisées par les pères des fiancés lorsque ceux-ci sont en bas âge mais si le futur mari est apte à donner son consentement, il le peut même s'il est soumis à la patria potestas car les fiançailles ne constituent pas un acte juridique. Si l'inexécution a pu légitimer une action en dommages-intérêts dans le droit romain archaïque, elle n'est plus susceptible d'une telle sanction à l'époque classique.

Vient ensuite la cérémonie du mariage, qui est organisée de façon à ce que celui-ci soit placé sous de bons auspices. En effet, à l'occasion de la fixation de la date de mariage, étaient évités tous les jours religieux ou fastes, réservés aux dieux. Les mariages n'étaient pas non plus célébrés en février consacré à la fête des morts ni au mois de mars correspondant au dieu éponyme de la guerre. La plupart des mariages se réalisaient donc en hiver. La veille du mariage, la future épouse consacrait sa robe à *« fortuna verginalis »*, la déesse Vénus. Elle revêtait également une tunique blanche et passait entre les mains des femmes de la famille qui lui faisaient des tresses tenues par un filet de laine. Le matin du mariage, la mariée s'entourait d'un manteau couleur safran, chaussait des sandales et couvrait sa tête d'un voile orangé sur lequel était déposée une couronne de fleurs. La robe possédait une ceinture orange formée par un nœud d'Hercule que seul le futur époux devait défaire. Le marié et son entourage étaient reçus au domicile des parents de la mariée. Il était procédé au sacrifice généralement d'un cochon sur l'autel domestique en l'honneur de Junon et Cérès puis l'on consultait les auspices.

Après le rituel, la *« pronuba »* une matrone n'ayant été mariée qu'une seule fois joignait les mains droites des deux époux (la gauche *« sinistra »* est considérée chez les romains comme de mauvais augure), et ce devant dix témoins. Il s'agit de la *« junxtio dextrarum »,* engagement réciproque à vivre ensemble. Ces mêmes témoins assistaient à l'échange des vœux qui prenait cette forme *« Ubi tu Gaius, ego Gaia »* (Où tu es Gaius, moi Gaia je veux être). Les mariés recevaient des cadeaux et tous les invités se réunissaient autour d'un banquet animé par des plaisanteries grivoises, des chansons paillardes et l'hyménée, chant dédié au dieu du mariage. Une fois les festivités terminées, un cortège constitué de joueurs de flûte et de torches symbolisant la virginité et la protection divine accompagnait l'épouse jusqu'au domicile du mari. Des noix représentant la fertilité étaient jetées aux enfants. Deux amies de la mariée portaient le fuseau et la quenouille personnifiant les vertus domestiques de cette dernière. En arrivant devant la demeure de son époux, elle offrait trois pièces, l'une à son mari, la deuxième au lare, le dieu du foyer, et la dernière au sanctuaire du quartier le plus proche. Le conjoint portait son épouse pour lui faire franchir le seuil de sa maison et éviter qu'elle ne trébuche, terrible présage.

3 **Florentinus** « D*igeste* » liber 23 titulus 1 : « de sponsalibus »

Arrivés devant l'atrium, l'époux offrait l'eau et le feu symbolisant les éléments essentiels de la vie commune ainsi que les clés de la maison. S'ensuivait un moment plus intime qui n'a pas changé.

§2 : La périclitation et la disparition du mariage

Bien qu'étant solennel et important dans la vie sociale romaine, l'hymen se révélait pourtant fragile. En effet, comme il a été précisé précédemment, la conception entourant le mariage dans la Rome antique était relativement misogyne et les pouvoirs initialement déséquilibrés. Pour illustrer cela, l'appréhension de l'adultère paraît être la mieux indiquée dans un premier temps. La mise en œuvre de la répression revenait au père ou au mari de la femme impliquée. Ainsi, il convient de mentionner qu'aux origines, l'obligation de fidélité dans le mariage incombait uniquement à la femme, premier signe d'inégalité. L'infidélité de la femme relevait du *« stuprum »*, pulsion sexuelle, tandis que celle de l'homme était « hygiénique ». Toutefois, la vision de l'adultère de la femme puis de l'homme a évolué avec le temps. Seul un homme qui entretenait des relations extraconjugales chez lui avec la femme libre d'un autre était considéré comme adultère. L'esclave étant traité comme un jouet aux multiples fonctions permettait au maitre d'assouvir le moindre de ses désirs sans vergogne et l'acte n'était pas jugé dégradant. Au contraire, la femme qui trompait son mari avec un homme de rang inférieur ou un esclave portait atteinte à la réputation de son mari. Le père pouvait dissoudre le mariage de sa fille, possibilité écartée sous l'Empire. La répression était tout de même généralement moins sévère pour un homme que pour une femme.

Jusqu'au premier siècle avant J-C, le mari pouvait tuer sa femme sans craindre de sanction et punir voire tuer l'amant. Puis à l'époque d'Auguste, la loi imposait la répudiation, ce qui entrainait par là même la fin du mariage. A cela était attachée une conséquence bien précise tirée de la loi *« Iulia de adulteris »* datant de 18 avant J-C : la femme adultère est dans l'incapacité de se remarier avec qui que ce soit. Malgré les restrictions, les infidélités étaient courantes, ce qui se traduit par l'absence dans le vocabulaire latin d'un mot indiquant l'époux trompé. La répudiation était un droit du mari qui ne nécessitait pas obligatoirement un adultère pour être mis en œuvre. Des témoignages historiques font état d'une répudiation pour stérilité sous la République, ce qui confirme les propos initiaux sur le but du mariage. Cette possibilité légale permettait de se séparer de sa femme dans deux autres cas à l'époque royale selon Plutarque: la tentative d'empoisonnement des enfants, mais également la falsification des clés de la maison.[4] Mis à part l'adultère et la répudiation qui étaient donc liés, le mariage était dissous soit de manière forcée soit de manière volontaire. La dissolution forcée était automatique et prenait plusieurs formes. La première était le décès d'un époux, cause qui demeure inchangée aujourd'hui. Puis venait une deuxième cause générale de dissolution forcée

4 **Plutarque** *« Vies parallèles » Vie de Romulus XXIX*

du mariage, la « *capitis deminutio »* qui s'articulait en trois catégories :

D'abord, la *capitis deminutio minima* ou modification du statut familial qui dissolvait le mariage lorsqu'elle créait des liens de parenté à des degrés prohibés pour le mariage. Ensuite, la *Capitis deminutio media* résultant de la perte du droit de cité généralement après une condamnation pénale. Enfin, la *Capitis deminutio maxima* mettait automatiquement fin au matrimonium en cas de perte de liberté par l'un des époux, concrètement esclavage ou captivité chez l'ennemi pour le mari.

L'autre forme de dissolution du mariage était volontaire et se manifestait principalement par le divorce, illustration de l'avancée de la législation romaine. Le divorce par décision unilatérale était confondu avec la répudiation, il a ensuite été accordé à la femme à la fin de la République. La dot pouvait être un frein à cette utilisation. Par l'expression de sa volonté unilatérale, le mari ou la femme était libre de rompre son engagement. Si aucune forme n'était exigée, une formule était employée par l'époux qui souhaitait divorcer *« tuas res tibi habeto ! »* (prends ce qui t'appartient!). Ce qui a été rendu possible par le consentement peut être anéanti par le consentement, telle est la conception du divorce romain. Il existait également un divorce au sens plus moderne par consentement mutuel qui était la résultante d'un accord de volontés. Il s'est banalisé sous l'Empire et les causes invoquées étaient variables. Le mari pouvait rompre le lien matrimonial en cas de disgrâce, impiété ou manquement aux devoirs conjugaux de la part de son épouse. La femme disposait de motifs tout aussi nombreux : impiété, déshonneur, manquement aux devoirs conjugaux ou encore traitement infamant.

A partir du Bas-Empire et sous l'influence chrétienne, la rupture du mariage a été aménagée car l'Église prônait l'indissolubilité du lien matrimonial. La législation de Constantin est venue apporter des précisions. La femme ne pouvait se remarier qu'après l'absence de son mari légionnaire pendant quatre ans et qu'après information des chefs militaires de celui-ci. En outre, le divorce fut réglementé et seules trois infractions de son épouse permettaient à l'homme de divorcer: adultère, empoisonnement ou femme entremetteuse. Pour la femme, trois violations maritales légitimaient également le divorce : homicide, empoisonnement ou profanateur de tombeau. Sous Justinien, la situation évolue encore. Le divorce peut-être accordé pour faute grave: abandon du domicile conjugal, adultère de la femme, entretien d'une concubine à domicile par le mari, attentat à la vie du conjoint. Le divorce peut aussi résulter d'une cause valable (*divortium bona gratia*) : Folie d'un époux, entrée en religion, impuissance de l'homme ou stérilité de la femme, absence du mari pendant cinq ans.

Après avoir traité des singularités du mariage romain (chapitre 1), nous allons maintenant évoquer les mutations chronologiques de celui-ci (chapitre 2).

Chapitre 2: L'évolution historique du mariage romain

Les transformations juridiques mais aussi morales de la société romaine ont fait que si un mariage initial dit *« cum manu »* a existé dans la première partie de l'Antiquité romaine (section 1), il a cohabité par la suite avec un deuxième mariage appelé *« sine manu »* qui s'est progressivement substitué au premier (section 2).

Section 1 : Le mariage aux origines : le matrimonium cum manu

Ce premier type de mariage s'appuie sur la manus (paragraphe 1), et il nous faudra nous intéresser aux engagements qui en résultent (paragraphe 2).

§1 : La manus, base du mariage romain cum manu

Le mariage cum manu ou *« cum conuentione in manum »* est le premier mariage apparu à Rome, et répondait à la structure patriarcale du droit romain archaïque. La main symbolise l'autorité et le pouvoir juridique acquis par l'homme sur la femme. Il s'agit d'une spécificité qui était réservée aux citoyens romains. Elle est également synonyme de force dans l'Antiquité et elle est sans doute plus ancienne que la patria potestas. D'après l'interprétation de Paul Frédéric Girard, *« plus on remonte dans le passé, plus on voit se rapprocher les idées de mariage et de manus ; et elles devaient se confondre à l'origine en droit romain »*[5]. Toujours selon ce dernier, cette situation de domination n'a pu commencer à s'estomper que lorsque *« les esprits accoutumés à la coïncidence habituelle de la puissance et de la paternité, ont oublié que la puissance sur l'enfant venait de la puissance sur la mère ».*

Si le mariage romain en tant que tel ne concernait qu'une minorité des habitants du monde romain, le mariage cum manu n'était ouvert à l'origine qu'aux patriciens comme il a été dit précédemment, ce qui réduisait encore considérablement les possibilités. Cette dernière affirmation basée sur l'inégalité de deux castes, n'est pourtant pas définitivement prouvée et il est significatif que la symbolique de la manus ait été contestée. Il était aussi possible d'enlever une fille du peuple vaincu pour en faire sa femme. Peu d'informations de l'époque pré-classique permettent d'attester du statut conféré par la manus. En effet certains spécialistes de droit romain comme Rudolf von Ihéring en Allemagne ont nié la manus comme instrument de toute puissance du mari. Les origines de celle-ci demeurent encore obscures et discutées par les auteurs. Pour en revenir au mariage, celui-ci comprenait plusieurs spécificités qui vont pousser les romains à le faire évoluer par la suite. Le matrimonium cum manu plaçait la femme sous l'autorité de son mari voire de son beau-père dans certains cas, si son mari était encore in patria potestate. Juridiquement parlant elle devenait

5 **Paul Frédéric Girard** *« Manuel élémentaire de droit romain »* Dalloz, 8e édition 2003 p 162

l'équivalent de la fille de son mari ou *« loco filiae »* dans la mesure où le droit romain ne faisait pas une grande distinction en termes de droits. En outre, vu l'âge moyen de mariage des jeunes filles le pouvoir du mari souvent bien plus âgé pouvait presque être vu comme celui d'un père, avec l'aspect matrimonial en plus. Concrètement, la femme passait du pouvoir d'un homme à celui d'un autre. La conventio in manum soustrayait définitivement la fille à la puissance de son père ou de l'homme exerçant la patria potestas dans sa famille. La manus est aussi indissociable de la condition féminine. Considérées comme des éternelles mineures, les femmes restent soumises à la tutelle masculine dans une période où elles étaient moins à leur avantage que pendant l'Empire. Ainsi, « *si les femmes sont placées sous le pouvoir de l'homme, c'est parce que, la plupart du temps, elles se laissent emporter par la légèreté de leur esprit. Il était donc normal qu'elles fussent retenues par la puissance de l'homme. »*[6]

Les conséquences de ce système sont importantes. A l'issue du mariage cum manu, la femme rompait les liens d'agnation avec sa *« domus»* (maison), c'est à dire les liens de parenté civile existant entre les agnats descendant d'un ancêtre commun. La deuxième conséquence de cette règle tirée de la première est que la femme abandonnait les liens de succession avec sa famille par le sang pour en établir d'autres dans son nouveau foyer. Elle entrait ainsi entièrement dans la famille de son mari dont elle adoptait le culte et elle ne pouvait plus hériter de ses ascendants. Elle devenait par contre vis à vis de son mari une de ses *« sui heredes »,* et héritait de lui. Des aspects pécuniaires entraient donc en compte. La femme en quelque sorte mourait pour sa famille par le sang et naissait pour sa famille par adoption. Le divorce était ici exclu et seule la répudiation accordée au mari était possible. Par ailleurs, en raison de la rupture avec sa famille, la femme était placée sous l'autorité d'un tuteur, souvent un proche de son mari à l'occasion du décès de ce dernier. Dès l'entrée dans la familia de son mari, la femme in manu devenait la *« mater familias »,* chargée de s'occuper de la maison et en quelque sorte cloitrée en ses murs. Elle devait se soumettre dans tous les domaines à la volonté de son mari, qui détenait sur elle selon certains auteurs un droit de vie et de mort, qui aurait été pratiquement abandonné par la suite parce que parfois abusif comme le démontre cet extrait : *« Mécennius fit expirer son épouse sous les coups de bâton, parce qu'elle avait bu du vin ; et ce meurtre, loin de lui susciter un accusateur, ne fut même pas blâmé. Chacun trouva qu'elle avait justement expié, par une punition exemplaire, la violation des lois de la sobriété : car toute femme qui fait un usage immodéré du vin ferme son cœur à toutes les vertus et l'ouvre à tous les vices ».*[7] La manus était donc un droit sur la personne de la femme dont il résultait par voie de conséquence des effets pécuniaires.

6 **Isidore de Séville** *« Origines »* IX 7, 28
7 **Valère Maxime** *« Faits et dits »* ... 8, 3

§2 : Les engagements matrimoniaux :

Le mariage cum manu en tant que première catégorie du mariage romain se formait par trois procédés différents. Cette triade est présentée plus en détails par Gaius dans les fameuses *« Institutes »* :

*« **110**. Jadis on se mariait de trois façons : par usus, par farreum et par coemptio. **111**. Se mariait par usus celle qui était restée mariée sans arrêt pendant un an ; parce que par une possession d'un an elle était acquise par usucapion, elle passait dans la familia de son mari et était considérée comme sa fille. C'est pourquoi la loi des Douze Tables a prévu que si une femme ne voulait pas se marier de cette façon, elle devait chaque année être absente trois nuits et de cette façon elle interrompait l'usus de l'année. Mais tout ce droit a été en partie abrogé par les lois, en partie aboli par la désuétude. **112**. On se marie par farreum par une sorte de sacrifice que l'on fait à Jupiter Farreus. Durant ce sacrifice est fourni un pain de blé d'où le nom de confarreatio. **113.** On se marie par coemptio au moyen de la mancipation, c'est à dire par une vente fictive . En présence de cinq témoins au moins, citoyens pubères, ainsi que d'un porte-balance de même condition, celui en la manus duquel la femme tombe l'achète au moyen d'une petite pièce de monnaie en bronze ».*[8]

Il faudra donc développer ces trois formes connues notamment grâce au témoignage juridique ci-dessus, pour comprendre l'union cum manu. D'abord, la *« confarreatio »* est la forme la plus archaïque et initialement unique de mariage, qui remonte à la royauté romaine. Elle était exigée en ce qui concerne le mariage des prêtres les plus importants qui devaient eux-même être issus de ce type de mariage. Elle se distingue des deux autres formes dans la mesure où il s'agit d'un mariage religieux réservé aux familles patriciennes. Cela est censé le rendre indissoluble par sa grande solennité mais en pratique la dissolution de la confarreatio intervenait par le biais de la *« diffareatio »,* contre-formalité analogue et spécifique au mariage religieux romain. Les usages diffèrent selon les auteurs, ce qui s'explique peut-être par le fait que ce procédé est demeuré propre aux patriciens. La cérémonie qui était ici assez poussée était marquée par une prise d'auspices auprès de Jupiter Capitolin. Comme précisé dans l'extrait ci-dessus, les époux se partageaient un gâteau d'épeautre, le *« panis farreus »* ayant donné son nom au mariage. Le *« flamen dialis »* ou grand prêtre de Jupiter menait la cérémonie devant dix témoins qui représentaient comme les historiens le pensent les dix curies ou tributs de Rome. Le *« pontifex maximus »*, titre religieux le plus important de l'époque était également présent. Des paroles sacrées étaient prononcées (verba certa et sollemnia).

8 **Gaius** *« Institutes »* II, 110-113

Par opposition à la confarreatio, la coemptio était une union civile. Étymologiquement parlant *« emo »* signifie acheter car la coemptio s'apparentait à une vente fictive (*imaginaria venditio*). Il a été avancé que cette vente qui aurait pu être réelle à l'origine serait devenu fictive. Le fiancé « achetait » sa femme au père de celle-ci durant la cérémonie de vente, la *« mancipio »* devant trois témoins (ou cinq selon Gaius) de la même manière qu'étaient acquis les esclaves ou les choses précieuses. Le père prononçait la phrase *« Quirites, par l'airain et la balance, je transfère la propriété ».* L'airain symbolisait en l'occurrence le métal avec lequel était fabriquée la monnaie. Une autre opinion fait de la coemptio un achat réciproque. Les époux ajoutaient à l'acte un rôle actif selon cette conception. Ce processus n'était pas possible quand la femme était alieni juris. Le mari demandait à sa femme si elle voulait devenir une mater familias et inversement, l'épouse consultait le mari pour savoir si celui-ci consentait à devenir pater familias. Cette participation de la femme dans son propre achat diminue sa réification qui sera plus significative dans la troisième configuration matrimoniale qu'il reste à évoquer. Il semble que la coemptio ait été le modèle le plus répandu qui a perduré jusqu'au début de l'Empire voire jusqu'à Gaius selon les dires de certains auteurs.

Enfin, l'union *« per usum »* matérialisait une cohabitation de fait ininterrompue pendant un an d'un homme et d'une femme. La femme passait dans la famille de son époux sans cérémonie. L'affirmation de cette liaison de fait était sans doute utilisée en souvenir de l'enlèvement des Sabines par les premiers Romains. Il s'agissait d'une possession prolongée ou usucapion de la femme qui modifiait automatiquement la situation juridique de cette dernière à la manière de la possession réelle aujourd'hui pour un bien. Cela contribue comme dit plus haut à la considération de la femme comme « objet ». C'est sans doute la raison qui justifie la disparition de l'usus, qui fut la moins pérenne des trois catégories cum manu. De plus, même en l'absence de coemptio ou lorsqu'il n'y avait pas de coemptio régulière, la femme tombait néanmoins sous la manus de son mari. En d'autres termes, il semble que le *« corpus »* (détention matérielle de la chose) et *« l'animus »* (intention de s'en considérer comme le propriétaire) de la possession classique ne soient pas nécessaires pour acquérir la manus. Une solution a été trouvée pour permettre aux femmes de s'extraire de ce procédé grâce à l' *« usurpatio trinoctii ».* Pour éviter ce genre de situation, il suffisait en effet que celles-ci découchent pendant trois nuits dans l'année pour interrompre cette prescription. On ignore si ces nuits devaient être consécutives mais elles pouvaient se répéter chaque année. Les trois schémas ci-dessus décrits n'ont que peu évolué, et ont disparu plus ou moins progressivement comme en témoignent les textes antiques. Ils seront remplacés par une alliance plus moderne et adaptée aux considérations à naître.

Section 2 : L'union sine manu ou l'assouplissement de l'institution maritale :

L'apparition de l'union sine manu au milieu du Vème siècle avant J-C est liée aux évolutions que subit la société romaine (paragraphe 1) et implique diverses conséquences pour le mariage (paragraphe 2).

§1 : Une progression nécessaire et inhérente aux évolutions sociales

Après avoir été un temps l'unique forme d'hymen à Rome, le mariage cum manu a été concurrencé puis dépassé par le mariage sine manu. Cette rupture est officialisée par la lex canuleia en 445 avant J-C déjà mentionnée qui, en plus d'attribuer le jus conubii aux plébéiens, a semble t'il assoupli le matrimonium initial en concevant de manière inédite ce nouveau type de mariage qui ne fera que progresser dans les statistiques ayant trait au nombre d'unions célébrées. L'on sait d'après l'histoire officielle de la République romaine qu'une loi Aemilianus adoptée en 201 après la fondation de Rome (552 avant J-C) avait déjà autorisé le mariage entre patriciens et plébéiens, prémisse de l'évolution ultérieure, mais n'a pas vécu. A l'instar du mariage cum manu, les origines du mariage sine manu sont encore débattues aujourd'hui. En effet, la loi des XII tables considérée comme le premier corpus juridique romain écrit et que l'on date entre 451 et 449 avant J-C, atteste qu'une pratique évitant à la femme de tomber sous la manus de son mari existait déjà. Cela fait d'ailleurs dire à certains auteurs que le mariage n'était peut-être pas exclusivement cum manu dans les premiers temps de Rome. Si le doute est permis sur la question, le mariage cum manu était en tout cas très majoritaire durant cette période.

La lex Marcellus sur le mariage, entrée en vigueur en 392 avant J-C est venue clarifier la situation à travers un statut modernisé et plus performant. Cette loi développe expressément les conditions de la vie conjugale, les différents types de mariage mais aussi les conséquences de la situation post-matrimoniale. Elle nous livre également quelques enseignements sur le matrimonium sine manu. Il est précisé que ce mariage est ouvert à tous, sous-entendu à tous les titulaires du jus conubium remplissant les conditions, car les esclaves en demeureront exclus et devront se contenter du *« contubernalis »*, sorte d'union servile non légitime. Ensuite, cette loi désigne l'union sine manu comme une union libre. Le mariage est déclaré légal dès qu'il est proclamé par un prêtre et que les consentements des deux parties sont recueillis en présence de deux témoins. Ce consentement mutuel est une amélioration qui sera encore perfectionnée par la suite.

Pour en revenir à l'apparition du mariage sine manu, aussi appelé *« sine conuentione »*, celui-ci s'est imposé en raison de la volonté des Romains de limiter les effets de la manus. Parallèlement à l'avènement d'un nouveau type de mariage, il faut évoquer le déclin de la manus qui a favorisé cette évolution juridique. Si ce pouvoir archaïque s'est maintenu durant plus de deux cents ans après le

début du mariage sine manu, il a dû céder du terrain à partir du deuxième siècle avant J-C. Cette période connait notamment des bouleversements dans l'institution familiale, un affaiblissement de l'autorité incarnée par le pater familias et l'affirmation relativement nouvelle de la femme. Il faut ajouter à cela les progrès de l'individualisme naissant qui rejettent loin la conception et vertu romaine ancienne de communauté. Parmi les progressions juridiques notables, il faut citer la coemptio déjà mentionnée et qui est devenue fiduciaire. A partir de l'Empire, elle est devenue un procédé d'émancipation des femmes (tutelle et capacité de tester). Enfin, la société romaine passe par des mutations dans divers domaines sociaux, intellectuels ou religieux.

Au cours du Ier siècle de notre ère, les *« nuptiae »* remplacent définitivement les trois types d'union cum manu. Mais il s'agit du mariage envisagé en tant que tel et non un nouveau type de noces. Le mariage sine manu s'impose donc comme le seul possible. En latin *« nubere »* signifie « mettre le voile ». Ici, le consentement mutuel et la volonté des époux prédominent ce qui rééquilibre officiellement les relations matrimoniales. Ce qui compte, et les juristes ont insisté dessus, c'est non seulement ce consentement réciproque mais aussi l'installation de l'épouse dans la demeure de son mari. L'épouse passe du statut de mater familias à celui d'*« uxor »*, qui désignera également dans un terme générique l'épouse mais dans le sens plus récent celle qui est mariée et qui possède des droits plus proches de ceux de son mari.

§2 : Les incidences du matrimonium sine manu

L'expansion de l'union sine manu dans la société romaine a marqué celle-ci et a engendré diverses conséquences dans les statuts juridiques du mariage, en rupture avec ceux présents sous l'influence de la manus. Cette manus qui bridait jusqu'ici les femmes étant réduite voire supprimée parallèlement à l'affaiblissement de l'autorité paternelle, ces dernières ont commencé à acquérir plus d'autonomie. Les effets de tels changements ne sont pas négligeables. Ainsi, à l'inverse du mariage cum manu, les rapports des époux sont modifiés sans la manus car l'épouse ne rentre plus juridiquement dans la familia de son mari. La femme reste liée à sa famille : soit elle demeure sous la patria potestas de son père qui peut par conséquent intervenir et la protéger, l'héberger et la forcer à divorcer pour contracter une nouvelle union ; soit elle acquiert une certaine autonomie en restant sous le contrôle d'un tuteur si elle est sui juris. Dans les deux cas, elle gagne en liberté par rapport à son conjoint. En raison des risques de mésentente que cela pourrait entrainer entre les deux familles, il est compréhensible que la femme ait gagné en indépendance sous l'Empire afin de gérer ses biens. L'aspect patrimonial entre en effet en compte dans l'émancipation féminine et la femme reste maîtresse du patrimoine lui appartenant, de celui que son mari peut lui confier, ainsi que des affaires du foyer. La considération dotale est indissociable de ces éléments, ce qui sera traité plus tard dans

le rapport. Ensuite, l'hymen peut être dissous plus aisément car il dépend à la fois de l'accord des époux et de la vie commune, conditions cumulatives qui si elles ne sont pas respectées font disparaître le mariage. L' *« affectio maritalis »* va donc représenter l'intention réciproque des deux époux de résider ensemble et de se considérer comme mari et femme. Mais le consentement seul apparaît comme insuffisant : *« Vir absens uxorem ducere potest, femina absens nubere non potest »*[9]. Si le mariage peut être réalisé en l'absence du mari, chez qui sera ensuite amenée la femme ; l'inverse n'est pas possible et le mariage ne peut avoir lieu hors la présence de la femme qui serait mise à la disposition de son mari. C'est une avancée juridique importante concernant l'équilibre des relations matrimoniales.

Outre ces configurations, ce type de mariage présente aussi l'avantage de disposer de caractéristiques plus souples notamment pour l'épouse. Le divorce est admis après l'initiative de l'un des conjoints et peut-être après autorisation du pater familias pour la femme qui retourne dans sa famille si elle le peut. Ainsi, en cas de divorce, l'ex épouse et son père récupèrent la dot et les biens acquis. De plus, cette dernière s'affranchit au moins partiellement de l'autorité masculine puis de manière accrue au décès de son père. Si la femme mariée sine manu reste sous l'autorité paternelle de principe, elle doit néanmoins remplir logiquement ses devoirs conjugaux vis à vis de son mari. Si la situation féminine s'est améliorée grandement avec la disparition de la manus, elle demeure pourtant encore inférieure à celle de l'homme ce qui fait dire au jurisconsulte Papinien en 200 après J-C : *« en mainte règle de notre droit, la condition des femmes est pire que celle des hommes »*[10].

La femme romaine ne peut ester en justice ni passer des actes juridiques d'elle-même sans l'accord d'un tuteur pendant longtemps. Elle reste aussi soumise à une tutelle perpétuelle pendant presque toute la durée monde romain. Pourtant, sous l'Empire et Auguste, grand administrateur, la tutelle de la femme déjà chancelante perd encore de l'importance. Ainsi, les femmes ingénues (nées libres) et mères de trois enfants ou affranchies ayant quatre enfants peuvent agir sans tuteur, c'est le *« jus trium* (ou *quatuor*) *liberorum ».* Enfin, si cette tutelle, vestige de la manus résiste faiblement jusqu'au IVème siècle, elle disparaît peu après et n'existe plus sous le droits de Justinien. Ce dernier supprimera d'ailleurs certaines prohibitions de mariage pour inégalité sociale et rendra ainsi possible une union plus légitime. Un droit aux aliments pour la mère est aussi reconnu. Il est dommage qu'il ait fallu attendre la fin du monde romain pour que le mariage ait connu une évolution vraiment positive.

Nous avons vu les caractéristiques et les transformations du mariage romain (partie 1), il nous faut dès à présent nous intéresser aux corollaires du statut marital latin (partie 2).

---

9 **Paul** *« Institutes de Justinien»* receptarum sententiarum liber II titulus XIX, §8
10 **Papinien** *« Digeste »* 1 5 9

Partie 2 : Les conséquences du statut marital romain

L'union de deux êtres dans la Rome antique n'était pas qu'un ensemble de caractères, elle supposait aussi à bien des égards la prise en compte d'éléments patrimoniaux (Chapitre 1), et créait des relations spécifiques entre les différents membres de la famille (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les considérations patrimoniales

L'hymen célébré à Rome était bien souvent une affaire pécuniaire comme le démontre la présence d'une dot (section 1), mais aussi de libéralités en parallèle ou en amont du mariage (section 2).

Section 1 : La dot, émanation pécuniaire du régime matrimonial

La dot est un pilier du mariage romain et ne peut en être détachée (paragraphe 1), elle implique en même temps une mise en œuvre pratique (paragraphe 2).

§1 : Une notion indissociable du mariage

Caractéristique patrimoniale très connue, la dot est l'un des principes matrimoniaux les plus anciens qui existent et a perduré jusqu'au XXème siècle (exactement 1966), preuve de sa force. Elle consiste en une libéralité mais son régime spécifique conduit à l'étudier de manière autonome. La dot est une donation faite au mari à l'occasion du mariage. Elle provient généralement du père mais elle peut aussi émaner d'un tiers ou de la future épouse si celle-ci est sui juris. Elle a vocation à couvrir les charges du mariage notamment dans l'union sine manu et constitue plutôt une part d'héritage accordée de manière anticipée aux droits successoraux dans la mariage cum manu. Ses deux aspects vont se cumuler ensuite. Si elle n'était probablement pas un besoin impérieux au commencement du monde romain, la dot s'est ensuite développée progressivement en même temps que la société romaine. Le Digeste y consacre nécessairement le titre *« De pactis dotalibus ».* La dot n'était pas une obligation juridique, mais elle est rapidement devenue un usage commun qui s'est muté en obligation morale du pater. Il s'agit d'un devoir paternel, un *« officium pietatis ».*

Ayant été longtemps modeste, la dot devient à partir du Ier siècle de notre ère un bien considérable qui suscite de nombreuses convoitises. Sous l'Empire en effet, certaines dots représentaient plus d'un million de sesterces (un ouvrier qualifié gagnait environ mille sesterces par an). Lorsque la dot est constituée par le pater, elle est dite *« a patre profecta »* ou *« dot profectice ».* Lorsqu'elle est accordée par un tiers ou la femme, il s'agit alors de la *« dos adventicia ».* En pratique, les familles utilisent un procédé spécifique ou *« pacta dotalia ».* La dot peut être constituée selon tous les procédés déjà utilisables à l'occasion d'une donation. L'apport dotal peut ainsi être réalisé par divers moyens de constitution légale. Par conséquent, il peut résulter d'une cession de dettes ou de créance,

de l'extinction d'une obligation ou d'un droit réel, ou encore par un transfert de propriété ou création d'un droit réel. Il peut aussi être mis en œuvre après une promesse sous forme de stipulation contractuelle, c'est la *« dotis promissio ».* La dot peut être passée par un contrat verbal. Les formes sont donc variées. La dot est la propriété du mari. C'est lui seul qui est réputé en assurer la gestion et en percevoir les fruits. Il peut disposer de ces biens et exercer les actions inhérentes à leur protection. Ses pouvoirs vont toutefois être modifiés avec le temps.

La situation patrimoniale a en effet varié selon les époques. Ainsi, sous l'ancien droit, il est fait état d'un acte spécial de constitution de la dot, la *« dictio dotis ».* Elle est décrite comme étant issue d'un engagement unilatéral du constituant sous forme solennelle. Cet acte oblige à constituer la dot par la suite et n'opère pas transfert immédiat du bien transmis. La promesse est ici soumise à la condition *« si nuptiae sequantur »*, autrement dit si les noces suivent, adage qui demeure en droit français. Mais cette forme très ancienne a disparu assez rapidement. Toujours sous l'ancien droit, le mari disposait de tout le patrimoine stipulé dans la conuentio in manu. Si l'épouse était alieni juris, le mari ne disposait que des biens qui pouvaient lui être donnés en vue du mariage. Dans tous les cas, les biens que le mari acquérait étaient confondus avec son propre patrimoine. Ce système était générateur d'abus de la part d'époux peu scrupuleux qui usaient de la dot à des fins purement personnelles et impropres à la vie maritale. Dans l'union sine manu, la femme pouvait au contraire garder des biens propres à la différence du régime ci-dessus. Généralement, des biens étaient tout de même remis au mari en prévision du mariage mais aussi des enfants. Ce deuxième régime était donc plus équilibré que le premier car il partageait le patrimoine de façon plus équitable.

Sous le droit classique, les pouvoirs du mari sont encore différents. Il dispose naturellement de tous ses droits en vertu de la qualité de propriétaire sur les meubles dotaux mais aussi sur les immeubles provinciaux. Il en va de même pour les immeubles italiques (situés en Italie) issus de la dot avec estimation. Au contraire, pour ce qui se rapporte aux immeubles dotaux italiques non estimés, la situation se rapproche du patrimonial actuel. Dans cette hypothèse, l'époux ne peut en aucun cas aliéner ces immeubles sans la participation de sa femme. En effet, le mari doit obtenir le concours de sa femme pour aliéner un bien que ce soit de manière directe, indirecte, totale ou partielle ; pour laisser un droit de propriété s'éteindre par usucapion ; ou pour grever de droit un bien en particulier à l'occasion d'un usufruit ou d'une hypothèque. En cas d'infraction, l'opération pourra être frappée de nullité invocable par la femme dans son intérêt mais aussi paradoxalement par le mari même si cette possibilité n'a pas été certifiée. Sous Auguste, le mari ne peut plus aliéner seul un immeuble quelle que soit sa nature et ce, même dans le mariage cum manu en voie de disparition. Bien entendu, ce genre de dispositions ne s'appliquait qu'aux familles aisées qui disposaient de biens importants et dont la dot représentait une part non négligeable.

Sous Justinien, le droit rend obligatoire la convention dotale, qui ne l'avait pas été jusque là. C'est une évolution minime mais notable car la dot était déjà un usage répandu. L'Église encourage elle aussi la constitution d'une dot pour le couple. L'inaliénabilité dotale est également étendue de façon absolue à tous les immeubles y compris non italiques. Il faudra au mari le concours de sa femme renouvelé après deux ans pour pouvoir aliéner un immeuble issu de la dot.

§2 : Le sort de la dot après l'anéantissement du lien matrimonial

Outre les considérations précédentes et pour ne pas oublier un aspect important de son régime, l'institution dotale doit être traitée sous l'angle de la restitution en cas de rupture du lien matrimonial. Effectivement, quid du sort de la dot en cas de séparation des époux ?

A l'instar des caractéristiques de la dot, la restitution a été appréhendée de manière différente selon les époques. Dans le droit romain archaïque, le mari conservait définitivement la dot peu importe la situation. Mais ce statut inégal et peu avantageux a été abandonné. L'obligation de restituer la dot est essentiellement une innovation du droit classique. La conception de la dot a évolué en même temps que les mentalités. A partir de la fin de la République, la multiplication des divorces a poussé les juristes à créer cette obligation. Il est admis unanimement dans le milieu juridique qu'à la dissolution du mariage, la dot perd sa raison d'être. Lors de la constitution de la dot, une *« cautio rei uxoriae »* pouvait être adjointe. Cela désignait une convention (verbale selon certains auteurs) par laquelle l'époux s'engageait par avance à restituer la dot ou *« res uxoria ».* La dot était ici qualifiée de *« dos recepticia »,* et cette promesse conventionnelle permettait à la femme ou à ses héritiers d'exercer une *« actio ex stipulatu »* afin de réclamer légitimement la restitution. Cette forme particulière de dot devait toujours être rendue toute entière par le mari, comme un débiteur quelconque tenu à l'ensemble de ses dettes. Par ailleurs, il ne disposait d'aucun délai de grâce pour restituer la dot et il ne pouvait opposer à sa femme des créances plus ou moins importantes par compensation. Il devait d'abord rendre la dot avant de réclamer ses créances.

Ces spécificités étaient différentes lorsque la cautio rei uxoriae était absente. Pour ne pas laisser la femme sans outil juridique pour défendre ses droits, la législation romaine a imaginé une protection à travers l'*« actio rei uxoriae ».* L'origine de cette possibilité procédurale n'est pas claire. Elle serait apparue entre le début du IIème siècle et la fin du IIIème siècle. Paul Frédéric Girard la fait remonter *« dès avant la République »*[11]. Elle était probablement au départ une action à caractère pénal pour sanctionner un mari récalcitrant mais elle est devenue une action civile basée sur la bonne foi du demandeur. Cette action pouvait être exercée au contraire par le mari dans certains cas, comme celui du pré-décès de sa femme et s'il survivait à sa fille dans le cas de la dot profectice

11 **Paul Frédéric Girard** *« Manuel élémentaire de droit romain* Dalloz 8ème édition 2003 p 1013

(constituée par le père). Dans tous les cas, elle est réalisée *« in bonum et in aequum concepta »,* le juge ne devant ordonner la restitution que si des raisons de morale et d'équité l'exigent. La créance sanctionnée par l'action rei uxoriae est une créance conditionnelle. Elle n'est pas la conséquence d'un contrat mais de la dissolution du mariage soit pour permettre à la femme de se remarier, soit parce que la fonction de la dot est terminée. Le débiteur condamné durant cette action peut opposer ses créances et obtenir un délai maximum de restitution de la dot en trois annuités (*annua, bima, trima die*). Cette action était également soumise à un *« privilegium inter personales actiones »* faisant primer son bénéficiaire sur les créanciers chirographaires du mari. A l'époque de Justinien, les actions ex stipulatu et rei uxoriae furent confondues en une seule action par un édit adopté en 530 après J-C: *« Supprimant les points communs et les points dissemblables qui existent entre ces actions, nous renfermons dans le seul canal de l'action ex stipulatu toutes les règles de l'action rei uxoriae que nous jugeons dignes d'avoir force de loi. Nous ordonnons donc, l'action rei uxoriae étant abrogée, que toutes les dots soient réclamées par l'action ex stipulatu, soit qu'il y ait eu ou non acte écrit de stipulation, la stipulation étant en fait considérée comme ayant eu lieu »*[12]. En amalgamant les deux actions, Justinien a obligé le mari à restituer la dot peu importe la cause de dissolution du mariage. Parallèlement à ces actions, le mari n'était pas dépourvu de défense ni de pouvoirs. La législation romaine permettait au mari de se prévaloir des rétentions dotales, c'est à dire de certaines créances légales. Elles se divisent en deux catégories. D'abord, le mari jouissait des rétentions de nature personnelle, et lui seul pouvait opposer à sa femme. Il s'agissait du cas d'inconduite de sa femme ayant entrainé le divorce, il gardait alors 1/8 de la dot pour une faute légère et jusqu'à 1/6 pour une faute grave (*retentiones propter mores*). Il pouvait également parfois retenir 1/6 de cette dot par enfant et jusqu'à la limite de la moitié (*retentiones propter liberos*). Lors du décès de la mère et si la dot était profectice, le père récupérait la dot à l'exception d'1/5 par enfant qui revenait au mari pour leur éducation. Il était donc bon à cette époque pour le mari de chercher à donner naissance à une progéniture nombreuse. La deuxième forme de rétention présentait un caractère patrimonial. Le mari pouvait utiliser cette possibilité si la femme l'avait dépossédé de certains biens lors de son départ du foyer (*retentiones propter res amotas*), ou si elle avait reçu de lui des donations pendant le mariage qui étaient prohibées (*retentiones propter res donatas*). Pour finir, l'époux disposait de la théorie des impenses que le droit français utilise toujours, lorsqu'il avait fait des dépenses pour l'entretien des biens dotaux. Lorsque l'impense était nécessaire à la conservation, elle était déduite automatiquement du remboursement de la dot. Lorsqu'elle était simplement utile, elle n'était déduite que lorsqu'elle avait été faite avec accord de la femme. Enfin, les impenses voluptuaires ou d'agrément n'étaient jamais déductibles.

12 *« Edictum de rei actione »* 530 après J-C

Section 2 : Les rapports pécuniaires entre époux

Encore aujourd'hui comme à Rome, le mariage est très souvent envisagé en même temps que certaines libéralités (paragraphe 1). La vie matrimoniale suppose aussi une entente des époux quant à l'administration des biens (paragraphe 2).

§1 : Le mariage et les libéralités

L'union romaine et les libéralités ne doivent pas être dissociées afin de s'intéresser aux rapports patrimoniaux entre époux. Il s'agit essentiellement des différentes donations dont un ou les deux époux peuvent être bénéficiaires. Au sens juridique du terme, la donation désigne l'acte par lequel une personne consent à s'appauvrir au profit d'une autre qui s'enrichit. La donateur n'attend rien en retour et est seulement animé par une intention libérale (*animus donandi*). Les donations entre époux effectuées pendant le mariage sont la première catégorie. Concernant cette forme particulière de donation, la droit romain a fixé un principe de prohibition qui s'applique réciproquement aux deux conjoints. Plusieurs justifications ont été avancées pour une telle restriction. Les juristes ont argué que l'amour que se portaient les époux pouvait motiver un acte inconsidéré, que cette opération pouvait faire sortir des biens du patrimoine familial et qu'il en allait de l'intérêt des enfants que d'empêcher cela. L'abus d'influence d'un époux sur l'autre a également été mis en avant. Cette argumentation a conduit à une méfiance du législateur jusqu'à nos jours. Bien qu'étant anachronique par rapport à cette époque, Montaigne a affirmé des époux dans ses Essais que *« tout en étant par effet commun entre eux, volonté, pensées, jugements, biens, femmes, enfants, honneur et vie [...] ils ne se peuvent donner rien ».* La méconnaissance de ces règles engendrait la nullité absolue de la donation. L'époux donateur même de mauvaise foi pouvait intenter une action en revendication du bien lorsque la donation consistait en un transfert de propriété. Toutefois, cette interdiction si importante soit elle comportait des limites. Elle ne concernait pas les libéralités que peuvent se faire les futurs conjoints comme nous le verrons plus bas, il est donc important de connaître précisément la naissance du lien matrimonial. Il était également permis aux concubins et aux conjoints divorcés de se faire des donations. Enfin, la prohibition ne joue pas si la donation doit produire ses effets après la dissolution du mariage : donation à cause de mort (mortis causa), ou donation à cause de divorce (divortii causa) ou encore en cas d'exil (exilii causa).

Les donations effectuées avant le mariage constituent la deuxième catégorie. Elles étaient non seulement bien perçues par le droit romain mais aussi favorisées par celui-ci. Leur régime est plus court et plus simple que celui des donations réalisées entre époux. D'abord, un fiancé pouvait gratifier sa promise par ce type d'acte. Si cette pratique semble avoir été courante à Rome, elle impliquait une certaine confiance et n'était soumise à aucun statut juridique car il était question d'un

usage social. Des auteurs ont développé l'idée selon laquelle cette opération était une sorte d'achat de la femme mais c'est peu probable. Ensuite, un fiancé pouvait passer une donation en vue du ménage qui revenait aussi à la femme en tant que propriété personnelle. La conception qui animait l'auteur de l'acte était qu'il contribuait à rééquilibrer les sommes reçues par la dot grâce à une sorte de contrepartie assurant ou tendant à assurer une égalité patrimoniale entre les conjoints. La donation tendait donc à être égale à la dot. L'autre avantage de ce système était qu'au décès du mari, le montant reçu restait propre à la femme et bénéficiait aussi aux éventuels enfants. Ce système permettait ainsi de prévoir les risques potentiels liés aux aléas de la vie. Cette donation du fiancé en vue du ménage n'était pas obligatoire à l'époque classique. Il faut préciser que les biens étaient restitués si le mariage n'avait pas lieu. L'état des donations dont un époux pouvait être bénéficiaire a varié durant le Bas-Empire. Les donations passées à l'occasion du mariage sont alors régularisées par le droit et placées sous un régime particulier. Les donations réalisées par le fiancé acquièrent le nom de *« donationes ante nuptias »* sous le règne de Théodose II durant la première partie du Vème siècle. Elles peuvent être rajoutées à la dot que le futur mari obtiendra. La femme peut récupérer le montant à la dissolution du mariage. Sous Justinien, une ultime évolution interviendra. La donatio ante nuptias qui a toujours été autorisée, devient *« propter nuptias »* et peut désormais être effectuée pendant le mariage, ce qui rompt avec toutes les prohibitions antérieures. Par conséquent, il n'y a plus de barrière pour que les époux se concèdent des donations pendant le mariage. En outre, si le père de la femme a accordé une dot à sa fille, le père du mari doit faire une donation d'une valeur équivalente. Cette donation accomplie du côté de la famille du mari est assimilable à une véritable dot constituée par ce dernier, et évoluera en véritable institution de prévoyance pour la veuve ou la divorcée comme le soulignent les spécialistes de droit romain.

§2: La gestion des biens

Pouvant se transmettre un montant pécuniaire, les époux pouvaient aussi se confier un capital immobilier. Cela conduit à traiter de la gestion des biens que ces derniers se partageaient. Le principe juridique était que chaque époux administrait seul les biens propres qu'il avait pu recevoir avant le mariage ou pendant celui-ci. Il n'était pas obligé de contribuer aux devoirs du ménage et à l'éducation des enfants. Concrètement, il arrivait que l'épouse gère les biens de son époux absent pour quelque cause que ce soit. Mais le plus souvent, le mari gérait les biens propres de sa femme car ils entraient dans les biens communs du domicile conjugal, et les mœurs romaines teintées de virilité l'emportaient sur les prescriptions légales. Cette gestion autonome n'allait de soi que si l'époux était alieni juris et même avec l'émancipation des femmes, la gent féminine n'a été créancière de ce régime que dans la période la plus récente du droit romain. Nombre de maris et

d'épouses étaient soumis à la puissance paternelle même pendant leur mariage. De plus, les femmes souffraient de leur statut. Elles étaient frappées par une interdiction spéciale. Il était interdit à l'épouse de s'engager pour garantir les dettes de son mari à travers une décision d'*« intercessio pro marito »* en vertu d'une disposition d'Auguste. Cette prohibition sera accentuée par le sénatus-consulte Vélléien pris en 46 après J-C sous le règne de Claude et qui étendra la restriction aux engagements de toute femme envers les tiers et la rendra d'ordre public et donc sans aucune possibilité de renoncement. Cette incapacité vélléienne, du nom du sénatus-consulte, visait à éviter les abus d'influence des maris et probablement officieusement à écarter les femmes d'un domaine dont les hommes s'estimaient les acteurs exclusifs. Des accords conclus en violation de cette règle n'étaient pas soumis à nullité, mais le créancier ne pouvait pas agir dans ce cas et toute action était bloquée. Cette exception pouvait s'avérer très préjudiciable pour le créancier car si la femme s'était substituée au débiteur, celui-ci se trouvait libéré et le bénéficiaire n'obtenait rien. Il y avait des exceptions à la sévérité de l'interdiction. Les femmes pouvaient se lancer dans une intention libérale mais sans volonté de recours. Le but des prescriptions était ici de leur faire prendre conscience des risques de telles opérations. Ensuite, si le créancier de l'engagement était un mineur, la législation romaine protégeait le mineur et non pas la femme, en conséquence l'acte demeurait valable même si cela portait atteinte aux intérêts de cette dernière.
Comme pour beaucoup de domaines juridiques, le statut de la gestion commune des biens entre époux a subi des modifications. La période tardive a apporté de multiples innovations sur ce sujet. Le droit du Bas-Empire a cherché à améliorer la collaboration des époux dans leur administration patrimoniale. L'incapacité vélléienne a été renforcée sous Justinien. Il est impossible à partir de cette époque pour une épouse de s'engager en faveur de son mari quelle que soit l'opération ou la raison. Si les femmes souhaitaient se porter garantes des actes d'un tiers dans les cas où cela leur était autorisé, elles devaient faire connaître leur intention à travers un écrit public en présence de trois témoins sous peine de nullité de leur engagement. Dans l'hypothèse où elles étaient désireuses de renoncer à cette protection vélléienne multiséculaire, elles n'étaient en mesure de le faire que dans une certaine solennité pour susciter leur attention sur l'importance de cette action. La renonciation n'était valable que par un acte public renouvelé après deux ans. Le système particulièrement solennel entourant le régime de l'incapacité vélléienne n'était pas sans rappeler la rédaction des actes authentiques par le notaire pour attirer l'attention de ses clients mais aussi dans un but probatoire et publicitaire.

Nous avons développé les considérations patrimoniales inhérentes au mariage (chapitre 1), il nous reste à étudier les rapports familiaux issus du mariage (chapitre 2).

Chapitre 2 : Les relations familiales nées du matrimonium

L'union crée nécessairement des liens personnels entre les époux (section 1), et aboutit en cas de naissance à des rapports particuliers entre les conjoints et leurs enfants (section 2).

Section 1 : Les rapports personnels entre époux

Durant la vie matrimoniale, le père de famille disposait de droits exclusifs qui étaient compensés par certaines obligations (paragraphe 1). L'épouse romaine n'était pas délaissée par le droit qui réglait sa situation quand les mœurs ne s'en chargeaient pas (paragraphe 2).

§1 Les pouvoirs du pater familias, de la suprématie à la contestation

Il a déjà été précisé dans ce devoir que le mari disposait d'une autorité légitime sur sa femme mais aussi sur tous les membres de sa famille. Les éléments étudiés jusqu'ici livrent des indices sur l'atmosphère familiale. Mais il faut entrer dans le vif du sujet et étudier précisément les conséquences de ce statut pour être au fait des rapports entre conjoints. Les pouvoirs d'abord très importants du titulaire de la patria potestas et de la manus ont diminué progressivement jusqu'à laisser une certaine liberté aux autres membres de la familia, notamment la femme. Ces deux pouvoirs étaient en outre différents car le premier s'exerçait sur les enfants tandis que la manus était relative à la puissance sur la femme. Le commentaire de Paul dans le Digeste en donne une idée : *« le mot potestas a plusieurs sens : c'est l'imperium pour les magistrats, c'est la patria potestas sur les enfants, c'est le dominium sur les esclaves ».*[13]

Le modèle romain a toujours reposé sur cette familia organisée autour du père de famille qui a exercé longtemps son pouvoir absolu autant sur ses esclaves que sur sa femme et ses enfants. Le pater familias était caractérisé par son autonomie juridique, son indépendance vis à vis de tous et surtout le fait qu'il n'ait plus d'ascendant masculin dans sa famille. La domination de l'homme sur sa femme durait toute sa vie durant l'époque archaïque, et même à l'époque classique, les relations entre mari et femme n'étaient pas équilibrées. C'est une donnée qui se retrouve dans toutes les sociétés patriarcales. Entre mœurs et prescriptions légales, les pouvoirs du mari dans l'époque archaïque sont aussi peu connus. Le droit de vie et de mort sur la femme ou *« jus vitae necisque »* déjà cité, n'est pas non plus expressément attesté et seuls des extraits l'évoquent. Il a servi de vengeance brutale en cas d'adultère de l'épouse mais probablement pas pour tuer sa femme impunément. Il est certain que le père de famille disposait d'un pouvoir de correction y compris sur sa femme pendant la royauté romaine mais cela relevait sans doute davantage d'un usage auto-attribué. D'autres auteurs ont fait état d'un droit de vendre sa femme pour le citoyen romain mais

---

13 **Paul** *« Digeste » 50. 16. 215*

cette pratique n'a pas été prouvée. On a parfois affirmé qu'une juridiction dans le milieu domestique et dirigée par le pater familias aurait également existé à l'égard de la femme et concernant son comportement (*iudicium de moribus*).

Plusieurs effets découlent également de la vie commune. Le domicile conjugal était celui du mari qui pouvait exiger que sa femme vive avec lui. Dans l'union cum manu, il avait la possibilité d'obliger judiciairement son épouse à retourner au domicile conjugal en sollicitant expressément l'intervention du prêteur. La femme sous la manus de son mari étant assimilée à sa fille, il disposait en effet d'un interdit pour la récupérer si elle était retenue indûment. Il s'agit du *« liberis exhibendis »,* faculté du père à récupérer son fils ou sa fille. Même dans le mariage sine manu, d'autres interdits *« uxore exhibendis »* ou *« uxore ducenda »* apparentés au premier autorisaient le mari à reprendre sa femme à partir du IIème siècle. Ces actions judiciaires étaient vraisemblablement plus une couverture théorique pour les maris qu'un droit effectivement utilisé par ceux-ci. Peu d'exemples témoignent de l'exercice d'actions en justice par le mari contre sa femme et même les sanctions des condamnations entre époux étaient assez limitées par rapport à la normalité. On peut se demander en effet si elles étaient vraiment utilisées car cela contribuait à détériorer les relations conjugales. Il n'est pas certain que les pères de famille aient par ailleurs toujours fait usage de l'ensemble de leurs prérogatives, surtout pour maintenir une certaine cohésion à l'intérieur de la famille. Le statut d'époux réduisait en pratique les pouvoirs conférés par la loi.

La République a marqué l'atténuation et la discussion des pouvoirs du mari, en même temps que l'affirmation du mariage sine manu qui a desserré l'étreinte maritale sur la vie de l'épouse. Cette union a instauré dans le mariage romain une véritable communauté de vie épousant plus harmonieusement la conception du mariage. Ainsi, le mari qui avait jusque là beaucoup plus de droits que de devoirs vis à vis de son épouse, a vu celle-ci acquérir une protection contre les abus qui n'étaient pas rares. Officiellement, la femme doit respecter son mari, attitude acquise depuis longtemps. En retour, celui-ci lui doit aide et protection. Le mari doit garantir à son épouse son entretien ainsi que sa défense. Il détient comme moyen de sauvegarde de l'honneur de sa femme l'*« actio iniriarum »* lorsqu'elle est victime de violences ou injures de la part d'un tiers. Mais même entre les femmes, il y avait des différences de traitement. Les femmes mariées à des citoyens des classes les plus hautes de Rome étaient généralement plus entourées d'attention que les épouses de plébéiens. Elles étaient servies par des esclaves, chance que peu d'épouses partageaient. Cette tendance s'est accentuée à la fin de la République quand les femmes ont commencé à sortir de leur carcan.

Sous le Bas-Empire et sous l'influence de la conception familiale chrétienne, les rapports entre les conjoints évoluent. Les actions en justice entre époux sont très réglementées et nécessitent au

préalable l'autorisation du magistrat. Les opérations de la vie courante sont effectuées le plus souvent de concert. L'affection dans la vie conjugale, jusque là impopulaire dans les mœurs romaines est encouragée. Pour autant, il apparaît que si la femme a beaucoup gagné en indépendance, le mari occupe toujours la place prépondérante dans la hiérarchie familiale. La femme lui reste théoriquement soumise en vertu d'un « ordre naturel » ou de la nécessité d'un chef masculin. Les théories chrétiennes abondent dans ce sens mais restent partagées sur l'intensité des pouvoirs du mari. Là où certains auteurs identifient encore l'époux comme *« dominus »* ou maître, d'autres affirment comme Saint Ambroise que *« ce n'est pas un maître mais un mari [...] un guide, non un chef tout puissant ».* Les rapports entre les époux romains ne seront jamais arrêtés autour d'une considération unique et les avis divergeront toujours.

§2 : Le statut de la mater familias

A côté des rapports d'autorité qu'entretenaient les conjoints pendant le mariage, il faut évoquer la situation de l'épouse. La « *matrona* » ou mère de famille doit originairement se comporter comme une épouse soumise et ce, jusqu'à la moitié de la République. Elle doit demeurer à la « *domus* » afin de s'adonner à certaines activités féminines considérées par les romains comme vertueuses et dignes comme filer et tisser la laine. Elle est dispensée des activités physiques. Elle est plutôt vertueuse, et de mœurs austères comme les circonstances l'exigent. L'épitaphe suivante inscrite sur un tombeau romain décrit l'idéal féminin romain de l'époque: *« Ici gît Anymore, fille de Marcus, et bien faite et très belle, bonne fileuse et pieuse, pudique, chaste, aisée à se contenter, et qui aimait rester chez elle ».* La femme romaine est considérée comme la gardienne du foyer et jouit d'une certaine autorité à ce niveau. Elle est chargée notamment de l'éducation des enfants qui lui vouent un respect et une admiration certains. Ils sont soumis à son autorité d'abord de fait puis reconnue dans le droit romain tardif. A l'époque romaine, la femme existe surtout par rapport à son mari et son statut ne diffère pas vraiment de celui des enfants, du moins au début. Peu de femmes se démarquent sans appartenir à une grande famille ou être mariées à un homme important. Elles partagent théoriquement le gouvernement de la maison avec leur mari, mais la plupart du temps, elles se chargent seules des affaires internes de la maison quand leur époux est occupé aux affaires extérieures. Lorsqu'elles suivent leur mari dans des mondanités, elle doivent s'effacer. Elles participent aux sacrifices envers les dieux lares du foyer. Les femmes exerçant une profession avant les derniers temps de la République sont en nombre très restreint, surtout dans les couches les plus aisées. Il faut aussi souligner qu'elles ne peuvent pas bénéficier de certains droits. Les femmes ne peuvent pas avoir une personne sous leur charge car *« tutela virile officium est ».* Elle sont également exclues de la vie juridique, elles ne peuvent assister à la rédaction d'un testament.

Cependant, à la fin de la République et parallèlement à l'extension de l'influence romaine, les mœurs changent et l'éducation s'en trouve modifiée. Ainsi, les femmes auparavant enfermées à la maison se libèrent, ont moins d'enfants et ne leur consacrent plus autant de temps. Les caractéristiques féminines évoquées plus haut disparaissent en partie. L'affection maternelle et la natalité chutent en parallèle. Les femmes dansent, s'habillent avec élégance, fréquentent les spectacles et les thermes, et le plus important, s'instruisent. Les épouses dans les familles riches dirigent aussi les esclaves (pouvoir symbolisé par un trousseau de clés) et jouent parfois d'un instrument. Elles confient les corvées habituelles de la maison à des intendants et des esclaves. Cette libéralisation soudaine et radicale est déplorée par certains auteurs latins : *« Autrefois, dans chaque famille, le fils, né d'une mère chaste, était élevé, non pas dans la chambre étroite d'une nourrice achetée, mais dans le sein et les bras d'une mère, qui faisait avant tout sa gloire de rester chez elle et d'être l'esclave de ses enfants. [...] Aujourd'hui au contraire, aussitôt né, l'enfant est abandonné à je ne sais quelle servante grecque, à laquelle on adjoint un ou deux esclaves pris au hasard, généralement sans valeur morale et impropres à tout emploi sérieux ».*[14]

Mais il faudra toutefois attendre l'Empire pour que des femmes participent véritablement à la vie culturelle, mondaine voire politique même si elles n'obtiennent pas la possibilité de voter ou de participer aux assemblées. Cela se traduira en outre par leur manifestation dans des banquets, ce qui choquera et inquiètera certains hommes. Elles côtoient les hommes lettrés et leur goût de la culture participe à leur émancipation. Elles côtoient aussi les amants et rivalisent avec les hommes en termes de vulgarité au grand dam des moralistes. Tous les changements comportementaux conduiront à l'apparition de femmes célèbres. La plus célèbre sans doute fut Agrippine, collectionneuse de maris et intrigante, qui fut mise à mort par son propre fils l'empereur Néron dont l'inventivité dans la cruauté est connue. La littérature s'est aussi emparée de la femme comme sujet à travers notamment les écrits de Juvénal, l'un des plus célèbres satiristes romains : *« Elle règne donc sur son mari ; mais bientôt elle abandonne ce royaume, passe de demeure en demeure, use des voiles de la mariée, s'envole, et retourne vers son empreinte dans le lit qu'elle a méprisé[...] Ainsi s'accroit le nombre des maris, ainsi on en compte huit pour cinq automnes – ce qui mérite d'être inscrit sur une tombe ».* [15] Bien enviable que la situation de cette femme ! Moins celle de son mari...

Plus sérieusement, malgré ce contre-exemple, la condition de l'épouse romaine n'a jamais été vraiment satisfaisante quelle que soit la période du monde romain. Les femmes modernes ne réalisent pas leur chance et ne mesurent pas les progrès qui ont eu lieu.

---

14 **Tacite** *« Dialogue des orateurs » XXVIII-XXIX*
15 **Juvénal** *« Satires »* VI, vers 224-230

Section 2 : Les rapports entre parents et enfants

Pour comprendre les relations des parents romains avec leur progéniture, il faut expliquer la place de l'enfant (paragraphe 1), avant de retracer les conséquences légales de la parenté (paragraphe 2).

§1: La condition de l'enfant à Rome

Si l'on cherche à restituer la place de l'enfant à Rome, il faut avouer que celle-ci était plutôt précaire dans un monde déjà hostile. Selon Socrate, l'enfant appartient à la même catégorie que les animaux, il doit être dressé. Pour Aristote, il est dépourvu de raison et doit être éduqué pour passer de l'état naturel à l'état social. Aux yeux des stoïciens enfin, l'éducation relève d'une culture et non d'un dressage. Ces différentes conceptions ont influencé la vision romaine de l'enfant. Ce dernier était à la merci du *« jus exponendi »,* ou droit d'exposition. Le père romain pouvait abandonner son enfant nouveau-né en vertu de ce droit. Par conséquent, à la naissance, si le père qui était « augmenté d'un enfant » désirait garder son chérubin, il le levait vers le ciel en direction de Jupiter. A défaut, il le laissait sur le sol, signe d'abandon et de négation de sa légitimité. Ce droit a toutefois été limité par une règle attribuée à Romulus selon laquelle le premier enfant né du couple marié ne pouvait être exposé. La seule dérogation concernait les enfants nés difformes, qu'il fallait montrer à cinq voisins avant de pouvoir les abandonner. Le jus exponendi serait tombé en désuétude sous le droit classique, mais cette pratique aurait recommencé au IIIème siècle en raison des nécessités économiques de l'époque. Sous Dioclétien, l'abandon peut être pourtant puni par de fortes peines d'amende. Enfin, Justinien décidera que les enfants abandonnés ont le statut d'homme libre. Si l'enfant passait le risque de l'exposition, il n'était pas au bout de ses peines. En effet, le pater familias avait ainsi la capacité de vendre ses enfants (ce que certains parents actuels aimeraient parfois faire). Cela s'exprimait par le *« jus vendendi »,* où le pater pouvait céder ses enfants comme esclaves moyennant finance. Cette pratique archaïque fut interdite sous le droit classique avant de recommencer à être admise en droit postclassique en raison des impératifs économiques (comme pour l'exposition mais à la différence que ce premier procédé n'était pas lucratif). Enfin, le père disposait d'un droit de correction mais aussi d'un droit de vie et de mort sur ses enfants déjà mentionné précédemment, bien que les avis des spécialistes divergent en raison de la diversité des sources. Mais ces droits qui paraissent inhumains ont été peu utilisés par les pères romains. Dans le peu d'exemples littéraires retraçant ces pratiques, les pères cités faisaient preuve d'un amour patriotique démesuré frisant la folie. Il est dit d'ailleurs que l'empereur Trajan avait forcé un père qui avait maltraité son fils à l'émanciper. Il est aussi attesté que Hadrien avait fait déporter un père qui avait tué son fils après avoir été offensé. Ainsi : *« La puissance paternelle doit consister dans la*

tendresse, et non dans la cruauté excessive »[16]

Si les enfants légitimes ont théoriquement le même statut, il existe une différenciation pratique entre les garçons et les filles. Aux garçons est attachée la notion de droite. Aux filles, correspond la notion de gauche (*sinistra*) que les romains très superstitieux assimilaient aux présages funestes. Les garçons accompagnent leur père à partir de sept ans à la curie pour apprendre leur vie future de citoyen, tandis que les filles s'initient aux travaux ménagers à la maison. Avec la conquête du Sud de l'Italie composée de villes hellénistiques, la perception de l'éducation s'en trouve modifiée. Toutes les grandes familles se doteront d'une nourrice grecque et la langue maternelle des grands hommes devient le grec et non plus le latin. Certains hommes garderont une affection plus importante pour leur nourrice que pour leur mère. Sous Justinien, les *Institutes* reprenant pour partie celles de Gaius vont assimiler l'autorité sur les enfants à une potestas commune aux deux parents. Cette évolution vers un partage de la puissance parentale avait été enclenchée sous le droit classique dans un souci de protection accrue de l'enfant. *« Enfants, obéissez en tout à vos parents »* avait écrit Saint-Paul dans l'épître aux colossiens extraite du Nouveau Testament au Ier siècle. Cela paraît résumer l'obéissance due aux parents par les enfants.

§2: Les effets légaux de la parenté

Les rapports entre parents et enfants dépendaient de certaines normes mais aussi de mœurs parfois triviales et abrogées tardivement. Le fils de famille ou *« filius familias »* est celui qui est amené à succéder au pouvoir de son père dans la famille. Ses droits sont plus élargis que ceux de sa sœur qui souffre de sa condition de femme. Il pourra hériter de ses parents logiquement et ce à n'importe quel âge. Comme en droit français, l'enfant simplement conçu est déjà disposé à hériter en droit romain (*infans conceptus*). En attendant la venue au monde du potentiel héritier, et en cas de succession ouverte du père, un « curateur au ventre » se chargeait de la gestion des biens. En outre, les enfants qui n'avaient à l'origine aucun bien propre ont pu devenir propriétaires avec leur père des biens légués par leur mère défunte (*bona materna*) sous Constantin. Ce régime a ensuite été étendu à l'ensemble des biens reçus à titre gratuit par les enfants en dehors de ceux donnés du côté paternel. Le pater était usufruitier des biens de ses enfants. En outre, les parents avaient une obligation d'aliment envers leurs enfants à partir du Principat et vice versa. Cela s'inscrivait dans le devoir réciproque de piété filiale (*officium pietatis*). Le fils pouvait également agir en justice contre ses parents mais à l'instar des actions entre époux, l'engagement de la procédure nécessitait une autorisation expresse du prêteur. Dans ce domaine, certaines actions comme les action infamantes, étaient fermées au filius. Une autre règle voulait que ni le père ni le fils ne pouvaient témoigner l'un

---

16 *« Digeste » 48, 9, 5*

contre l'autre lors d'un procès. Le père pouvait choisir de confier à son fils un montant pour le faire fructifier, le *« peculium profectitium ».* L'enrichissement revenait au père et il n'était tenu aux dettes que jusqu'à la limite du pécule de son fils. A partir de l'Empire, un *« peculium castrense »* est laissé au fils sur décision d'Auguste. Le fils militaire recueille ici comme biens propres toutes les soldes, parts de butin ou encore gratifications diverses qu'il gère selon sa volonté. Le *« peculium quasi castrense »* concernera les biens réunis par le fils à l'occasion de fonctions ecclésiastiques ou impériales. Son père ne peut rien lui retirer dans ces deux cas et il peut en disposer entre vifs ou à cause de mort. En l'absence de testament cependant, le pécule revenait au pater à la mort de son fils. De plus, les enfants sont placés sous la tutelle parentale. Les ouvrages juridiques rapprocheront le régime d'incapacité de l'enfant de ceux de la femme et du fou. Les filles garderont cette incapacité pendant toute leur vie et jusqu'à l'Empire. Les garçons ne seront plus soumis à la patria potestas à la mort de leur père ou après émancipation. Le fils pouvait être émancipé définitivement après avoir été vendu trois fois par son père comme le précise la loi des XII tables. Il perdait alors tout rapport avec sa famille y compris successoral. Plus tard, à l'époque classique il disposera de la pleine capacité juridique et pourra jouir entièrement de ses biens grâce à ce procédé.

En parallèle des rapports avec le père, la position de la mère vis à vis de ses enfants a commencé à s'exprimer vraiment à la fin de l'époque classique avec l'égalité d'autorité des deux parents. Les témoignages d'affection, d'autorité et des rapports privilégiés que peut entretenir la mère avec ses enfants sont nombreux. Il faut rappeler que les mœurs comptaient plus que le droit dans l'époque ancienne et que la mère jouait déjà un rôle discret. Avec l'Empire et la reconnaissance de la personnalité juridique de la mère, les interventions féminines dans la famille se multiplient. L'épouse est consultée pour le mariage de sa fille mineure et elle peut être tutrice de ses enfants, sans doute sous l'influence de pratiques orientales. Elle a de plus l'obligation de doter sa fille à défaut du père. La mère a donc plus de relations avec sa fille qu'avec son fils qui est davantage occupé avec son père. Sous Constantin, la succession maternelle devient accessible aux enfants et ne se confond plus avec le patrimoine paternel comme la solution retenue jusque là. Selon les règles de la filiation romaine, « mater semper certa est » et « pater is est quem nuptiae demonstrant ». Si la mère est toujours certaine, le père n'est considéré comme tel que lorsque l'enfant nait pendant le mariage. Ces adages demeurent aujourd'hui. A côté des enfants légitimes qui ont accès aux statuts énoncés ci-dessus, il convient donc de parler des enfants dits naturels, c'est à dire nés en dehors du matrimonium. Ceux-ci étaient considérés comme étant en dehors de la famille dès leur naissance. Ils avaient moins de droits voire étaient ignorés totalement. L'adoption se proposait dans cette optique de créer une filiation juridique pour combler cette différence. Sous Constantin encore, les enfants naturels nés de concubins pouvaient être légitimés si le couple se mariait dans l'année.

Conclusion

« Verba volant scripta manent » disait un proverbe latin. Les paroles s'envolent, les écrits restent. Ce fut une expérience enrichissante que d'étudier le matrimonium romain. Il a subi énormément d'évolutions de son approche juridique originelle jusqu'aux compilations de Justinien. Il a été tellement éloigné de notre vision actuelle dans les premiers temps mais si peu dans les derniers. Les conditions, restrictions, inégalités qui entouraient le mariage aux origines seraient inconcevables de nos jours. Des avantages réservés à une partie de la population ont de quoi choquer en effet. Mais il ne faut pas retenir que l'obscurité de cette période ancienne. Il faut aussi évoquer de nouveau les changements intervenus qui ont ramené l'hymen à un régime solide et raffermi par une volonté d'égaliser la condition des époux. Il faut évoquer aussi les points communs plus nombreux qu'on ne le pense. Certains aspects ont ainsi traversé les âges et se retrouvaient au siècle dernier voire encore au XXIème siècle. Il ne faut pas oublier que l'adultère commis par la femme relevait d'une condamnation pénale en France jusqu'en 1975. Quelle différence avec la répression antique ? Le droit de tuer pour venger l'affront ? Il a été vite étouffé et peu mis en pratique.

Il est intéressant de noter que le monde romain a subi les mêmes doutes, les mêmes crises que celles que le monde moderne a traversées, ce qui ne peut que nous le rendre plus proche. Même la dichotomie entre les conceptions masculine et féminine du mariage nous a été transmise par les latins. En passant d'une société archaïque et patriarcale à une société plus émancipée et libre, le mariage a certes gagné un équilibre du point de vue des relations entre époux, mais c'est toute l'institution maritale qui a été déstabilisée par des mœurs qui ont conduit à une explosion des divorces. Ce phénomène n'est finalement qu'une anticipation de la situation actuelle : le passage (trop ?) soudain d'un modèle qui se voulait sévère et vertueux à un présent débridé où disparaissent certaines contraintes sociales. Cela est-il à déplorer ou à louer ? Peut-être un passage plus doux aurait été appréciable, mais l'histoire témoigne qu'il est difficile de se séparer d'un modèle établi sans une rupture brusque voire violente. Les *« cives »* romains n'étaient pas si différents des citoyens libres d'aujourd'hui. Représentation différente mais mêmes revendications, mêmes inquiétudes. Il est paradoxal aussi que les innovations juridiques et morales éclairées aient eu lieu sous l'Empire alors que la République aux aspects plus démocratiques n'avait pas développé ces idées. Il fallait probablement l'impulsion d'un seul pour changer les choses et éviter les blocages institutionnels. Ce sont sûrement les conquêtes progressives et l'ouverture vers un monde toujours plus cosmopolite qui ont favorisé les transformations romaines. Les élites et le peuple Romain étaient ouverts et chaque point positif d'un modèle étranger était systématiquement assimilé et souvent amélioré. Voilà peut-être la clé de la réussite et de la durée du monde romain...

Bibliographie

Ouvrages :

- *Rome et le droit*; **Michèle Ducos**; Le livre de poche ; 1996
- *Manuel élémentaire de droit romain* ; **Paul Frédéric Girard** ; Dalloz 8ème édition 2003
- *Droit privé romain* ; **Jean Gaudemet, Emmanuelle Chevreau** ; Montchrestien 3ème édition 2009
- *Manuel d'introduction historique au droit* ; **Jean-Marie Carbasse** ; PUF 1ère édition 2002

Webographie :

- www.civilisation-romaine.com
- www.hérodote.net
- www.antiquite.ac-versailles.fr
- www.remacle.org
- www.elearning.unifr.ch/antiquitas/

Table des matières